

PROCESO EJECUTIVO POR OBLIGACIÓN DE HACER IMPUESTA EN LAUDO ARBITRAL – Apelación contra auto que negó incidente de nulidad propuesto por un tercero / PROCESO EJECUTIVO POR OBLIGACIÓN DE HACER IMPUESTA EN LAUDO ARBITRAL – Obligación exigible ejecutivamente / PROCESO EJECUTIVO - Obligación de hacer

En el recurso de apelación el Consorcio Patios Sur solicitó revocar las decisiones del Tribunal a quo mediante las cuales se resolvieron los incidentes de nulidad en forma desfavorable a las solicitudes del señor Mauricio Rojas Soto y del Consorcio Patios Sur, los que consideran que aquel ha debido ser llamado como parte en el proceso arbitral y que, además, podrá oponerse a la entrega, por cuanto el tribunal de arbitramento lo excluyó del proceso arbitral, pese a que tenía derechos sobre los bienes materia de la reversión, bien en calidad de propietario de los mismos, o bien por cuanto esos derechos habían sido trasladados a una tercera sociedad a través de un contrato de fideicomiso civil.

PROCESO EJECUTIVO POR OBLIGACIÓN DE HACER IMPUESTA EN LAUDO ARBITRAL – Jurisdicción y competencia / SOCIEDAD ANÓNIMA DESCENTRALIZADA DEL ORDEN MUNICIPAL – Le aplican las normas de las empresas industriales y comerciales del Estado / COMPETENCIA PARA CONOCER DE LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL – Remisión normativa

El despacho es competente para conocer del recurso de apelación impetrado en el caso sub júdice, con fundamento en el artículo 104 del C.P.A.C.A. (...) Por otra parte, se tiene presente que Metro Cali S.A. es una sociedad anónima, descentralizada del orden municipal, que se constituyó con un 100% de capital público y “le son aplicables las normas de las empresas industriales y comerciales del Estado (...) se reafirma la jurisdicción competente, teniendo en cuenta que el inciso final del artículo 306 del C.G.P. desató la duda que existió en el pasado.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 de 2011 – ARTÍCULO 104 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 306

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO – Por razón de la cuantía / COMPETENCIA EN SEGUNDA INSTANCIA – Obligación de hacer supera 1500 SMLMV

[L]a competencia de esta Corporación, por razón de la cuantía, para conocer de la segunda instancia en el presente proceso, toda vez que el valor correspondiente a las obligaciones de entrega física y material que aquí se ejecutan, de acuerdo con lo fijado por el laudo arbitral, corresponde a \$5.935'884,50 el cual supera la suma equivalente a 1.500 salarios mínimos establecida en los artículos 150 y 152 del C.P.A.C.A., para que el proceso ejecutivo tenga vocación de doble instancia ante el Consejo de Estado.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 150 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 152

ACCIÓN EJECUTIVA – Exigibilidad de obligaciones impuestas en laudo arbitral / LAUDO ARBITRAL – Acción ejecutiva pertinente para reclamar obligaciones derivadas del laudo / EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL – Competencia / OBLIGACIÓN DE HACER – Exigible / LAUDO ARBITRAL – Su fallo tiene alcance de sentencia judicial / LAUDO ARBITRAL – No puede modificarse ni cuestionarse por vía ejecutiva

[E]l legislador no distinguió ni restringió el tipo de condenas imponibles en el proceso arbitral y, por tanto, es viable su ejecución, de conformidad con el contenido del respectivo laudo arbitral. Así las cosas, teniendo en cuenta que las condenas que se ejecutan en el presente proceso se refieren a las obligaciones de hacer, esto es, a la entrega de bienes que fueron revertidos por virtud de la ley al término de los contratos de concesión, y dada la firmeza del laudo arbitral de 22 de junio de 2016, la misma se constituyó en una obligación exigible, que puede hacerse efectiva por la vía del proceso ejecutivo. (...) Se agrega que, con apoyo en el artículo 116 de la Constitución Política, la jurisdicción arbitral tiene competencia para resolver el litigio a través de las declaraciones y condenas que le sean solicitadas, con la misma fuerza de una sentencia judicial. (...) [E]l proceso arbitral es de única instancia y que las decisiones del laudo arbitral tienen fuerza de cosa juzgada, por lo cual no es dable revisar o modificar dichas decisiones en sede del presente proceso ejecutivo.

FUENTE FORMAL: LEY 1563 DE 2012 - ARTÍCULO 43 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 306 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 116

NULIDADES PROCESALES - Legitimación para alegarlas / LEGITIMACIÓN PARA ALEGAR NULIDADES – Saneamiento /NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN – Debe ser alegada por la parte que tenía derecho a ser llamada / SANEAMIENTO DE LA NULIDAD – Omisión en alegarla / TERCERO SIN LEGITIMACIÓN – No puede alegar nulidad

De acuerdo con el artículo 135 del C.G.P., la nulidad por indebida notificación debe ser impetrada por la parte que tenía derecho a ser llamada al proceso y se entiende saneada por quien omitió alegarla en su oportunidad o por quien, después de ocurrida la causal, actuó sin proponerla. Descendiendo al supuesto de la ejecución del laudo arbitral, se observa que adolece de legitimación en la causa el tercero que no hizo parte del proceso arbitral ni debió ser llamado al mismo y el que no figura como propietario de los bienes o cuota parte materia de la orden de entrega. (...) Por tanto, al no haber sido parte del contrato de concesión, no acreditar la propiedad de los bienes referidos en la orden de entrega ni exhibir un fundamento de la legitimación que invocó, el señor Rojas Soto es un tercero que carece de legitimación pasiva para hacerse parte en el proceso ejecutivo y para instaurar las nulidades por falta de notificación o emplazamiento. (...) El Consorcio Patios Sur está vinculado al proceso y obligado a la entrega por virtud del laudo arbitral -junto con sus integrantes- y, por otra parte, en el presente proceso no es de recibo para esa parte alegar la supuesta falta de representación en el trámite arbitral, toda vez que fue superada, teniendo en cuenta que operó el saneamiento de la posible nulidad mediante su actuación posterior.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 135

INOPONIBILIDAD DE LA TRANSFERENCIA - Por terminación del fideicomiso civil / CONTRATO DE FIDUCIA – No puede desconocer la fuerza ejecutoria del laudo arbitral / FUERZA DE EJECUTORIA DEL LAUDO ARBITRAL – Inoponibilidad de la transferencia

[N]o se puede fundar un incidente u oposición a la orden de entrega en el presente trámite de ejecución del laudo arbitral, toda vez que: i) la supuesta transferencia final del no aparece inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos fideicomiso en favor de las sociedades mencionadas por el incidentante, ni es oponible a la parte ejecutante, además de que, bueno es advertirlo, ii) el contrato

de fiducia no puede ser utilizado como un mecanismo para desconocer la fuerza ejecutoria de las decisiones contenidas en el laudo arbitral.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 76001-23-33-008-2017-01147-01(60717)

Actor: METRO CALI S.A.

Demandado: CONSORCIO PATIOS SUR

Referencia: EJECUTIVO A CONTINUACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL (C.P.A.C.A.) – AUTO

Temas: LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA -incidentes de nulidad interpuestos por un tercero que no hizo parte del proceso arbitral y no figura como propietario de la cuota parte materia de la orden de entrega - deniega las solicitudes / PROCESO EJECUTIVO POR OBLIGACIÓN DE HACER IMPUESTA EN EL LAUDO ARBITRAL – las obligaciones de hacer impuestas en la parte resolutive del laudo arbitral son exigibles por la vía del proceso ejecutivo

El despacho procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Patios Sur, obrando como parte accionada, contra el auto No. 1386 dictado por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 18 de octubre de 2017, mediante el cual se dispuso (se transcribe en forma literal):

*“1. **AVOCAR** el conocimiento de la solicitud de entrega de bienes que formuló la sociedad **METRO CALI S.A.***

*“2. **DECLARAR IMPROCEDENTE** el incidente de nulidad propuesto por el tercero MAURICIO ROJAS SOTO, quien invocó la causal No. 8 del art. 133 de la ley 1564 de 2012 contra el laudo arbitral (cuaderno No. 4) conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

“3. RECHAZAR DE PLANO el incidente de nulidad propuesto por el tercero MAURICIO ROJAS SOTO invocando la causal No. 2 del art. 133 de la ley 1564 de 2012 solicitando la nulidad de todo lo actuado desde el auto 3.015 de 2016 por la alegada pretermisión de una instancia (Cuaderno No. 2) conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

“4. DECLARAR INFUNDADO el incidente de nulidad propuesto por el tercero MAURICIO ROJAS SOTO invocando invocó la causal No. 8 del art. 133 de la ley 1564 de 2012 solicitando la nulidad de todo lo actuado desde el auto 3.015 de 2016 por la alegada indebida notificación (Cuaderno No. 2), conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

“5. DECLARAR INFUNDADO RESPECTO DE ESTE TRÁMITE, el incidente de nulidad propuesto por el Consorcio Patios Sur invocando la causal No. 4 del art. 133 de la ley 1564 de 2012, y NEGAR POR IMPROCEDENTE FRENTE AL LAUDO ARBITRAL conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia (Cuaderno No. 3).

“6. SEÑALAR el lunes TREINTA (30) de octubre de DOS MIL DIECISIETE (2017) a las NUEVE (9:00 A.M.) de la mañana, como fecha y hora para llevar a cabo la **DILIGENCIA DE ENTREGA DE BIENES INMUEBLES** identificados con las matrículas inmobiliarias Nos. 370-878779 y 370-878088, así:

“6.1. El CONSORCIO PATIOS SUR y las sociedades que lo conforman esto es, **CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA ROMANA S.A., GRUPO EMPRESARIAL NIRVANA S.A.S. y GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A.** y en todo caso cualquier persona natural o jurídica que cualquier título lo tenga, **HAGAN ENTREGA FÍSICA Y MATERIAL** a **METRO CALI S.A.** del siguiente inmueble respecto de la cuota parte del NOVENTA Y SEIS PUNTO CINCO Y OCHO (96,5819%) POR CIENTO del derecho de dominio, identificado COMO el ‘**LOTE 1 – POLÍGONO 3.1. INSTITUCIONAL #**’ con área de CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA METROS CUADRADOS CON SETENTA Y NUEVE CATORCE (51.850,7914) METROS CUADRADOS y con matrícula inmobiliaria 370-878779 la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Cali, bien raíz localizado en Cali, con linderos coordenadas y medidas del lote en mayor extensión con relación al cual se ordena la entrega del derecho común y proindiviso en el porcentaje atrás anunciado, contenidos para el ‘**LOTE 1 – POLÍGONO 3.1. INSTITUCIONAL**’ en la declaración cuarta de la Escritura Pública 1663 del 20 de diciembre de 2012, de la Notaria Diecisiete del Circuito de Cali.

“6.2. El CONSORCIO PATIOS SUR y las sociedades que lo conforman, esto es **CONSTRUCTORA E INMOBILIARIA ROMANA S.A., GRUPO EMPRESARIAL NIRVANA S.A.S. y GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A.** y en todo caso cualquier persona natural o jurídica que cualquier título lo tenga **HAGAN ENTREGA FÍSICA Y MATERIAL** a **METRO CALI S.A.** del inmueble en proporción del CIEN POR CIENTO (100%), con todas sus mejoras, adiciones y anexidades, localizado en el Municipio de Cali, consistente en ‘**LOTE DE TERRENO B DISTRITO DESEPAZ SECTOR VILLA MERCEDES MPIO DE CALI** con área 59,502,99 metros cuadrados identificado con matrícula inmobiliaria No.370-878088, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Cali, cuyos linderos se encuentran contenidos en la Escritura Pública 1662 del 20 de diciembre de 2012, de la Notaría Diecisiete del Circuito de Cali.

“7. En vista de lo anterior y como quiera que mediante decreto No. 41120102005 del 24 de agosto de 2017 el Alcalde de Santiago de Cali delegó en el Secretario de Seguridad y Justicia del Municipio de Santiago de Cali la facultad para diligenciar las comisiones civiles, se **COMISIONA AL SECRETARIO DE SEGURIDAD Y JUSTICIA DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI**, para que realice la diligencia de entrega de los bienes inmuebles especificados en los numerales 6.1. y 6.2. de esta resolutive, otorgándole expresa facultad para **SUBCOMISIONAR** como lo indica el párrafo 3 del artículo 38 de la ley 1564 de 2012

“8. **COMPULSAR COPIAS** a las siguientes CORPORACIONES, para lo de su cargo:

“8.1. Al Consejo Superior de la judicatura, para que se investigue la conducta del señor **IVAN RAMÍREZ WURTTENBERG** en lo relativo a la supuesta asesoría que en su calidad de presidente del Tribunal de Arbitramento brindó a una de las partes para la corrección de la demanda dentro del proceso arbitral que se llevó a cabo entre el Consorcio Patios Sur y Metro Cali S.A.

“8.2. Al Consejo Superior de la judicatura para que investigue la conducta del abogado **JORGE ARTURO CAMPO DAZA**, consistente en la interposición de tres incidentes de nulidad abiertamente improcedentes y casi que temerarios, dos de los cuales además versaban sobre asuntos ya resueltos por el Consejo de Estado en el trámite del recurso de anulación y en consecuencia, habían hecho trámite a cosa juzgada.

“8.3. Al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cali, para lo de su competencia, en relación con la supuesta asesoría que el señor **IVAN RAMÍREZ WUTTENBERG** – en su calidad de presidente del Tribunal de Arbitramento- brindó a una de

las partes para la corrección de la demanda dentro del proceso arbitral que se llevó a cabo entre el Consorcio Patios Sur y Metro Cali S.A.

*“9. Por la Secretaría de esta Corporación, **REALÍCENSE** las actuaciones pertinentes en aras de efectuar el traslado del depósito judicial consignado en el Juzgado 21 Administrativo del Circuito de Cali visible al folio 437, concerniente a los honorarios del perito a la cuenta de depósito de ésta Corporación para el mismo propósito”¹ (la negrilla es del texto original).*

I.- ANTECEDENTES

De acuerdo con los documentos obrantes en el expediente, se resumen los siguientes antecedentes:

1.1. El laudo arbitral

El laudo del 22 de junio de 2016, cuya ejecución se pretende en el presente proceso, se profirió dentro del trámite arbitral que convocó el consorcio Patios Sur contra Metro Cali S.A.; en el mismo se dispuso, entre otros aspectos, la liquidación de los contratos No. 3 y No. 4, cuyo objeto fue la concesión de patios y talleres para el Sistema de Transporte Masivo Mío que opera en la ciudad de Cali.

En el año 2010 se aprobó una cesión de los contratos por parte de la mayoría de los miembros del consorcio contratista, a favor de las partes que ahora conforman el Consorcio Patios Sur, demandadas en este proceso².

Los citados contratos terminaron en forma anticipada, por sendos acuerdos entre las partes, suscritos el 11 de junio de 2013, en los cuales establecieron un procedimiento bilateral para determinar la cuenta final de liquidación; empero, el mismo no pudo culminar debido a las diferencias que surgieron, entre otras, sobre la reversión y la contraprestación correspondiente.

¹ Folios 12 y 13, cuaderno principal primera instancia.

² Véase el laudo arbitral de 22 de junio de 2016, página 11.

Finalmente, en el laudo se ordenó la entrega a Metro Cali S.A. de: **i)** una cuota parte equivalente al 98.5819% que correspondía anteriormente a la sociedad Grupo Empresarial Nirvana S.A.S.³, sobre el inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria 370-878779 y **ii)** la totalidad del derecho (100%) del inmueble distinguido con el No. 370-878088 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Cali, la cual correspondía anteriormente a la referida sociedad. En dichas decisiones se indicó que la citada propiedad “*muta por reversión a favor de Metro Cali S.A.*”⁴.

El tribunal de arbitramento estimó que “*para el caso sub lite, la reversión operó por ministerio de la ley cuando se dieron por terminados los Contratos de Concesión*”.

El Consorcio Patios Sur interpuso recurso de anulación contra el laudo arbitral, con fundamento en las causales contenidas en los numerales 3, 4, 7 y 9 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. En dicho escrito, a través del poder otorgado al mismo apoderado, el señor Mauricio Rojas Soto interpuso, también, recurso extraordinario de anulación contra el laudo arbitral, con fundamento en las causales 2 y 4 del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012. Invocó, en forma concreta, su indebida notificación y la falta de competencia del Tribunal de Arbitramento, por haberse pronunciado sobre asuntos que lo afectaban, aunque no había sido parte del pacto arbitral.

El recurso de anulación fue fallado en forma desfavorable a las pretensiones de los recurrentes, en sentencia de 22 de febrero de 2017, proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, expediente 58068, mediante la cual se declaró infundado.

En las consideraciones de la sentencia que declaró infundado el recurso de anulación se observó lo siguiente (se transcribe de forma literal):

³ Una de las sociedades que hizo parte del consorcio contratista.

⁴ Página 106 del laudo arbitral, folio 134 cuaderno 5.

“De lo anterior se concluye que el señor Mauricio Rojas Soto no tenía condición de litisconsorte necesario en el litigio arbitral y se puntualiza que tampoco resultó afectado en bienes de su propiedad, por razón de las decisiones adoptadas por el Tribunal de Arbitramento.

“Acerca de la ‘traslación de la propiedad que el recurrente realizó y que invoca para alegar que el Tribunal de Arbitramento ha debido citarlo, o que perdió competencia por el hecho de no haber ordenado su vinculación, se esclarece que corresponde a un acto posterior a la presentación de la demanda y que no lo hizo valer dentro del proceso arbitral, ni formalizó la sustitución procesal de Grupo Empresarial Nirvana S.A.S.

”En efecto, al recurso de anulación el recurrente anexó el certificado de tradición del inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria 370-776021⁵, el cual, según lo acredita en antedicho certificado, fue adquirido por el señor Mauricio Rojas Soto, mediante remate registrado el 13 de enero de 2012⁶, realizado en un proceso de ejecución que se adelantaba contra algunos de los partícipes iniciales del consorcio contratista, entre otros⁷. Según da cuenta el referido certificado de tradición, el inmueble se dividió en dos lotes, a los cuales se les asignaron las siguientes matrículas: 370-878087 y 370-878088⁸, siendo este último el que fue objeto de las decisiones incorporada en el laudo arbitral.

“De acuerdo con el certificado de tradición del inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria 370-878088 y con el contenido de la escritura pública 1205 de 12 de abril de 2016, otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Cali, igualmente aportados por el recurrente con la presentación del recurso de anulación, el inmueble fue objeto de los siguientes actos:

“j) En mayor extensión se constituyó sobre el mismo un fideicomiso civil a favor de Grupo Empresarial Nirvana S.A.S., mediante escritura pública 1662 de 20 de diciembre de 2012,

⁵ Cita original de la sentencia: “Folios 66 a 68, cuaderno 1.

⁶ Cita original de la sentencia: “Anotación 12, certificado de tradición, folios 67 y 68, cuaderno 1,

⁷ Cita original del laudo: “De acuerdo con la anotación 12, los ejecutados en ese proceso eran, García Ríos Constructores S.A, Dinamo Consultores S.A., Desarrollo de Negocios S.A., Centrales de Transporte S.A., Jaime Carmona Soto y Ana Paola Calderón. Los cuatro primeros hacían parte del Consorcio Patios Sur que resultó adjudicatario de la licitación, de acuerdo con el documento de consorcio, obrante en los folios 23 a 25 del cuaderno 18.

⁸Cita original del laudo: “Afectado por la resolutive contenida en el Décimo Tercero del Laudo Arbitral”.

otorgada en la Notaría Diecisiete de Cali⁹, esto es, **antes de la presentación de la demanda en el trámite arbitral. Este era el acto vigente para definir el contradictorio por activa en razón de la titularidad de los bienes, tal como fue integrado en debida forma por el Consorcio Patios Sur, uno de cuyos miembros era la sociedad Grupo Empresarial Nirvana S.A.S.**

“ii) El referido fideicomiso solo se canceló mediante la Escritura Pública 1205 citada, esto es, el 12 de abril de 2016, otorgada a favor de Metro Cali S.A. y Mauricio Rojas Soto. Esta última escritura fue registrada el 13 de junio de 2016¹⁰.

“El ahora recurrente no realizó actuación ante el Tribunal de Arbitramento con base en la escritura de cancelación del fideicomiso civil dentro del proceso arbitral y el laudo arbitral se profirió con fecha 22 de junio de 2016.

“De acuerdo con lo anterior, se reitera que el señor Mauricio Rojas Soto no era parte de los contratos de concesión 3 y 4 y no tenía la calidad de titular de dominio de los bienes afectados por el litigio arbitral, de manera que no le asiste la vocación de parte, ni de litisconsorte necesario dentro del proceso arbitral, ni tampoco en sede del recurso de anulación.

“En el estudio de la causal 4, referida más adelante, se reseñará la actuación que adelantó, Mauricio Rojas Soto en el proceso arbitral a través del apoderado que, en forma personal, constituyó para intervenir en el denominado incidente de nulidad. Se anticipa desde ahora que allí invocó que era un litisconsorte necesario, postura que fue rechazada por el Tribunal de Arbitramento al desatar el respectivo recurso.

“Como conclusión, el problema jurídico se resuelve en el sentido de reafirmar lo que decidió el Tribunal de Arbitramento, esto es, que Mauricio Rojas Soto no tenía condición de litisconsorte necesario de acuerdo con lo probado en el proceso arbitral (...)”¹¹ (la negrilla no es del texto).

⁹ Cita original de la sentencia que declaró infundado el recurso de anulación; “folios 106 a 108, cuaderno 1”.

¹⁰ Cita original de la sentencia que declaró infundado el recurso de anulación; “anotación 4, Certificado de Tradición, Folio 65 vuelto, cuaderno 1”.

¹¹ Sentencia de 22 de febrero de 2017 proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicación No. 11001032600020160015200, expediente 58068, convocante: Consorcio Patios Sur y otros, Convocada: Metro Cali S.A.

De acuerdo con el texto citado, los inmuebles que, finalmente, fueron objeto de reversión y de la orden de entrega contenida en el laudo arbitral provinieron de una división material realizada sobre un lote de mayor extensión por parte de Grupo Empresarial Nirvana S.A.S., una de las partícipes que ingreso a formar parte del consorcio contratista estando vigente los contratos de concesión y existiendo la obligación de reversión sobre los bienes afectos al contrato, sobre los cuales posteriormente, en el litigio arbitral, se ordenó la entrega en la forma dispuesta en el laudo de 22 de junio de 2016.

Tal como se advierte en la providencia que se acaba de transcribir, la transferencia realizada por Mauricio Rojas Soto, mediante la escritura No. 1662 de 20 de diciembre de 2012, fue anterior a la fecha de la demanda y en dicha escritura se entregó la propiedad a través de un fideicomiso civil a la sociedad Grupo Empresarial Nirvana S.A.S., y allí se designó a Metro Cali S.A. como una de las beneficiarias, indicando que se le haría la transferencia bajo la condición de que la propietaria fiduciaria realizara la división material descrita en la escritura, la construcción y entrega del respectivo patio taller.

1.2. Actuación en el presente proceso

1.2.1. Mediante escrito presentado ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de la ciudad de Cali, con destino al juez civil municipal de reparto, Metro Cali S.A. solicitó la diligencia de entrega de dos inmuebles, identificados en los puntos décimo sexto y décimo séptimo del laudo arbitral de 22 de junio de 2016¹², cuyo texto acompañó a la respectiva solicitud, con la constancia de ejecutoria.

La solicitud se impetró contra el Consorcio Patios Sur *“legalmente integrado por la sociedades CONSTRUCTORA INMOBILIARIA ROMANA S.A., GARCÍA RÍOS CONSTRUCTORES S.A. y EL GRUPO EMPRESARIAL NIRVANA S.A.S.”*¹³

¹² De acuerdo con el contenido de los numerales décimo segundo y décimo tercero de la parte resolutive del laudo arbitral, folios 106 y 107, cuaderno 5, la orden de entrega se refirió a *el “derecho de dominio por 98.5819% que correspondió a la sociedad Grupo Empresarial Nirvana S.A, sobre el inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria 370-878779 y la totalidad del derecho (100%) del inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 370-878088 de la oficina de registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Cali”*.

¹³ Folio 1, cuaderno 5.

Aunque en la referencia del respectivo escrito no se identificó el tipo de proceso y solo se relacionó como una “*diligencia de entrega*”, en los hechos que se incorporaron en el escrito contentivo de la petición, la accionante estableció que pretendió la “*ejecución*” del laudo arbitral¹⁴.

1.2.2. Mediante auto de 1º de noviembre de 2016, el juzgado 32 civil municipal de Bogotá, ordenó “*la entrega física y material*” de los bienes identificados en el laudo arbitral.

1.2.3. Posteriormente, de acuerdo con auto interlocutorio No. 921 de 19 de abril de 2017, el referido juzgado civil declaró la falta de jurisdicción y ordenó la remisión del asunto a los jueces administrativos¹⁵.

1.2.4. Habiéndose remitido el proceso a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en conocimiento de la misma, mediante auto interlocutorio No. 512 del 26 de mayo de 2017, el juzgado 21 administrativo del circuito de Cali -sistema oral-, señaló la fecha de la entrega de los bienes, ordenó el apoyo de la policía metropolitana y designó un topógrafo, en calidad de perito experto para el acompañamiento en la respectiva diligencia, en orden a constatar correctamente las áreas materia de la entrega ordenada en el laudo arbitral¹⁶.

1.2.5. Mediante auto interlocutorio No. 149 del 13 de junio de 2017 se señalaron los gastos provisionales del perito¹⁷; de acuerdo con ello, Metro Cali S.A. allegó el original de la consignación de los dineros correspondientes¹⁸.

1.2.6. El señor Mauricio Rojas Soto presentó dos incidentes de nulidad ante el juzgado 21 administrativo¹⁹ en los cuales afirmó: **i)** su calidad de propietario inscrito de los referidos inmuebles, lo que le daba derecho a ser citado al proceso arbitral y al presente trámite y **ii)** la indebida notificación o emplazamiento de las personas que debieron ser llamadas al proceso arbitral y al presente trámite, dado

¹⁴ Folio 7, cuaderno 5.

¹⁵ Folio 252, cuaderno 5.

¹⁶ Folio 304, cuaderno 1.

¹⁷ Folio 326, cuaderno 1.

¹⁸ Folios 404 a 406, cuaderno 1.

¹⁹ Cuadernos 2 y 3.

que, en su criterio, se debió tener en cuenta la limitación del dominio derivada del fideicomiso civil que él constituyó junto con los miembros del consorcio Patios Sur.

1.2.7. El consorcio Patios Sur, obrando como parte accionada, presentó incidente de nulidad con fundamento en la indebida representación dentro del trámite arbitral, para lo cual reseñó que en el proceso arbitral inicialmente le otorgó poder a un supuesto abogado que resultó no tener tarjeta profesional²⁰.

1.2.8. Mediante auto interlocutorio No. 595 del 14 de junio de 2007 se corrió traslado de los incidentes y se suspendió la realización de la diligencia de entrega²¹.

1.2.9. Metro Cali S.A. recorrió el traslado mediante escrito presentado el 22 de junio de 2017, advirtió que el laudo arbitral se encontraba en firme y que el Consejo de Estado, al resolver el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral, ya había establecido que el señor Mauricio Rojas Soto no era litisconsorte necesario en el proceso arbitral; en apoyo de lo anterior allegó: **i)** la providencia de 22 de febrero de 2017 proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, radicación No. 11001032600020160015200 (58068), mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación contra el laudo arbitral de 22 de junio de 2016 y **ii)** la sentencia de tutela 009 de 2 de febrero de 2017, emanada del juzgado 13 civil del circuito de Cali, mediante la cual se negó por improcedente el amparo de tutela solicitado por el señor Mauricio Rojas Soto, con fundamento en la misma causa que expuso en el incidente dentro del presente proceso ejecutivo.

1.2.10. Posteriormente, en auto interlocutorio No. 758 del 21 de julio de 2017, el juzgado 21 administrativo –sistema oral- resolvió “*DECLARAR la falta de competencia para conocer y tramitar el presente asunto*” y remitir el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca²², providencia que se apoyó en la verificación del factor de competencia por cuantía, toda vez que, de acuerdo con el contenido del laudo arbitral, el mayor valor de los bienes cuya entrega se solicitó superaba la suma equivalente de 1.500 salarios mínimos legales vigentes, con

²⁰ Cuaderno 4.

²¹ Folio 338, cuaderno 1.

²² Folio 429, cuaderno 1.

fundamento en lo cual advirtió que la competencia en primera instancia correspondió al Tribunal Administrativo.

2. El auto apelado

2.1. Tal como se transcribió al inicio de esta providencia, mediante auto No. 1386 de 18 de octubre de 2017 el Magistrado ponente del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decidió avocar conocimiento de la solicitud de entrega de bienes que fue presentada por Metro Cali S.A., con fundamento en la obligación impuesta al Consorcio Patios Sur en el laudo arbitral proferido por un Tribunal de Arbitramento el 22 de junio de 2016, a través del cual se desataron las diferencias en relación con la liquidación de los contratos de concesión No. 3 (patio y taller Valle de Lili) y No. 4 (patio y taller Agua Blanca) del Sistema de Transporte Masivo Mío, suscritos el 15 y 16 de marzo de 2007.

El auto No. 1386 fue notificado por estado a las partes, a la Procuraduría General de la Nación y al buzón judicial de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado²³.

En dicho auto, además de avocar conocimiento, se denegaron los tres incidentes de nulidad presentados, dos de ellos propuestos por el señor Mauricio Rojas Soto y, el otro, presentado por la parte accionada, es decir, el Consorcio Patios Sur.

2.2. Inconforme con la decisión, el Consorcio Patios interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto No. 1386.

A través del auto de ponente, proferido el 7 de noviembre de 2017, se resolvió negativamente el recurso de reposición, así (se transcribe de forma literal):

*“1. **NO REPONER** el auto No. 1386 del 18 de octubre de 2017, por las razones expuestas.*

*“2. **CONCEDER** el recurso de apelación en el **EFEECTO DEVOLUTIVO** (art. 323.3, inciso 3, ley 1564) para ante el Consejo de Estado, por las razones expuestas. Se conceden cinco (5) días al recurrente a fin de que suministre las expensas necesarias para la reproducción de todas las piezas del*

²³ Dato tomado de la constancia impresa del correo electrónico, folio 14, cuaderno principal.

proceso, so pena de ser declarado desierto de conformidad con el art. 324 de la Ley 1564.

“3. RECONOCER personería adjetiva al doctor Pedro José Henao Montes (identificado No. ...).”

“4. COMISIONAR al SECRETARIO DE SEGURIDAD Y JUSTICIA DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, para los efectos del numeral 7 del auto No. 1386 del 18 de octubre de 2017 (folio 456), en los términos allí previstos.

“5. SEÑALAR el día dieciséis (16) de noviembre de dos mil diecisiete (2017) a las nueve (9:00 A.M.) de la mañana, para llevar a cabo la diligencia de entrega de bienes inmuebles identificados con los números de matrícula inmobiliaria Nos. 370-878779 y 370-878088 en la forma señalada en el auto No. 1386 de 18 de octubre de 2017.

“6. ENVÍESE copia de este Auto y del Auto No. 1386 del 18 de octubre de 2017 al comisionado para lo de su cargo. Dése cumplimiento por Secretaría”²⁴ (la negrilla es del texto original).

3. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, en su intervención escrita de 2 de octubre de 2017, conceptuó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo era competente para conocer de la entrega de los inmuebles, según lo ordenado en el laudo arbitral, toda vez que de conformidad con la parte final del artículo 306 del C.G.P., *“L[la] jurisdicción competente para conocer de la ejecución del laudo arbitral es la misma que conoce del recurso de anulación”*, lo cual, según resaltó, se aplica, también, a las obligaciones *“de hacer”* impuestas en la parte resolutive del laudo arbitral de 22 de junio de 2016.

Precisó que, de conformidad con el referido artículo 306 del C.G.P., frente al caso de las obligaciones de hacer también resulta procedente su ejecución, mediante la solicitud correspondiente, *“a continuación del laudo arbitral”*, como fue la presentada en este trámite, ante la jurisdicción que conoce del recurso de anulación.

²⁴ Folio 32, cuaderno principal segunda instancia.

El Ministerio Público especificó que el cumplimiento de la obligación “de hacer” impuesta en un laudo arbitral no se tramita por un proceso ejecutivo común y que para ello no se requiere de una demanda; “*basta la solicitud ante el juez de lo contencioso administrativo*” de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive del respectivo laudo.

Reseñó la procedencia del proceso especial de ejecución del laudo arbitral por obligación de hacer, con apoyo en lo previsto en el artículo 306 del C.G.P., así (se transcribe de forma literal)

“Esta segunda interpretación es coherente con el principio hermenéutico del efecto útil, no solo porque le da un mayor alcance a la disposición, sino también, y muy especialmente, porque de no ser así, no habría manera alguna de hacer cumplir un laudo arbitral con obligación de hacer, en tanto no existe ninguna otra disposición que prevea reglas para el efecto”²⁵.

Finalmente, el Ministerio Público solicitó que se reafirme la competencia para conocer del proceso y se sigan las reglas simplificadas del artículo 308 del C.G.P. y que, por otra parte, se denieguen las solicitudes de nulidad presentadas en el presente caso y se compulsen copias al Consejo Superior de la Judicatura para que se investigue la conducta de los abogados que actuaron en el proceso arbitral, tal como fue narrada por los solicitantes de la nulidad.

4. Alcance la apelación

El Consorcio Patios Sur indicó en su apelación los argumentos que se reseñan a continuación:

4.1. En relación con la nulidad interpuesta por Mauricio Rojas Soto, obrando como tercero, con fundamento en la indebida notificación o emplazamiento, “*(causal 8 artículo 133 de la Ley 1564 de 2012)*”²⁶, el consorcio Patios Sur expuso lo siguiente (se transcribe de forma literal):

²⁵ Folio 440, cuaderno 1.

²⁶ C.G.P. “Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley

“(...) en virtud del artículo 134 del Código General del Proceso, es procedente la proposición de nulidades, aun encontrándose la decisión ejecutoriada y en firme”.

El apelante indicó que el auto objeto del recurso de apelación incurrió en una “deficiencia del control de nulidad”, toda vez que, en su criterio, aún dentro del proceso ejecutivo, el Tribunal Administrativo está facultado para “decretar la nulidad del proceso arbitral”, por causas de nulidad como son: “desatender la realidad de los títulos de los inmuebles, no conformar el litisconsorcio necesario, no haber obtenido autorización judicial previa etc”²⁷.

Por otra parte, advirtió que el Tribunal Administrativo no entró a analizar los artículos 816 y 820 del Código Civil que rigen el fideicomiso civil, contrato a través del cual se había trasladado parte de los bienes a una tercera sociedad designada como beneficiaria, lo cual, en criterio de la apelante, obligaba a citar al proceso a los beneficiarios del respectivo fideicomiso.

El apelante afirmó que se tipificó una causal de nulidad sobre el laudo arbitral, la cual existió, en su criterio, por cuanto el Tribunal de Arbitramento ignoró la limitación de dominio y el gravamen que se había constituido a través del contrato de fideicomiso civil a favor de la sociedad Jumanaisa S.A.S. hoy MR Estructuradores de Negocios S.A.S.

Agregó que el Tribunal de Arbitramento debió notificar a Mauricio Rojas Soto, quien – según afirmó el recurrente- detentaba titularidad sobre los inmuebles objeto del litigio y que también se originó la nulidad por cuanto no se llamó al proceso arbitral a la sociedad Jumanaisa S.A.S. para que impetrara las medidas conservativas necesarias para la defensa de los bienes objeto del fideicomiso civil.

debió ser citado. Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código. PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece”.

²⁷ Folio 17, cuaderno principal segunda instancia.

En este escrito, el consorcio apelante afirmó que no se dieron los presupuestos legales para que el Tribunal de Arbitramento ordenara revertir los bienes a Metro Cali S.A.

4.2. En relación con la nulidad propuesta por el señor Mauricio Rojas Soto por “*indebida notificación y pretermisión de una instancia (causales 2 y 8 del artículo 133 de la ley 1564)*”²⁸ el consorcio apelante indicó (se transcribe de forma literal):

*“No es un argumento aceptable, el indicar que ‘SE TRATA DE UN ASUNTO DECIDIDO [por el Tribunal de Arbitramento y por el Consejo de Estado en sede del recurso de anulación] (...) no se puede **SUPONER** conocimiento del proceso arbitral, ni existe prueba que confirme esto, por el contrario era **DEBER LEGAL** del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cali y de sus miembros que en su momento administraron justicia **DAR CUMPLIMIENTO A LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY CIVIL**, toda vez que el inmueble identificado con el folio inmobiliario número 370-878779 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, objeto del litigio, tenía **LIMITADO SU DOMINIO**, esto es **SUJETO AL GRAVAMEN DE PASAR A OTRA PERSONA POR EL HECHO DE VERIFICARSE UNA CONDICIÓN**”* (la negrilla es del texto)

Insistió en que la posibilidad de decretar la nulidad de lo actuado en un proceso se desprende del artículo 134 del C.G.P., el cual corresponde a una norma de orden público que, según afirmó, se debe aplicar “*así esté terminado y se hayan agotado los recursos, incluso en la diligencia de entrega y máxime por el titular del dominio al cual no le es oponible un laudo arbitral a todas luces inocuo e inoperante*”²⁹.

Advirtió que el laudo arbitral en que se fundaba la obligación de entrega no era oponible a quien no fue parte del proceso como persona natural.

²⁸ C.G.P. “Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 2. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite integralmente la respectiva instancia. // (...). // 8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado. Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código. PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece”.

²⁹ Folio 21, cuaderno principal segunda instancia.

4.3. En relación con la nulidad propuesta por el consorcio Patios Sur, por indebida representación del apoderado en el trámite arbitral, “(causal 4 artículo 133, de la Ley 1564 de 2012)³⁰”, el mencionado consorcio reseñó la falta de análisis de las pruebas y argumentos en que incurrieron “el Magistrado Ponente y el Ministerio Público”.

Manifestó su desacuerdo con la apreciación del Tribunal *a quo*, según la cual: “la competencia del Tribunal [Administrativo] es para estudiar las nulidades del artículo 133 del Código General del Proceso que versan exclusivamente sobre el trámite aquí adelantado en el cual no ha acaecido alguna indebida representación”.

Por otra parte, agregó que “no (se) corresponde con la realidad tratar de identificar que con nuestro actuar se estén promoviendo actuaciones improcedentes o que pudieran tener límites con la temeridad”³¹

4.4. Acerca de los “pedimentos del Ministerio Público”³² para que se compulsaran copias con el fin de investigar la conducta del apoderado, el apelante indicó que los incidentes propuestos tenían respaldo legal en los artículos 134, 318, 320 y 321 del CGP, aplicables al caso en cuestión por virtud del artículo 208 del C.P.A.C.A. y, por ello, advirtió que no se les podía imputar una conducta temeraria.

Solicitó que se evitara el perjuicio irremediable que se causaría en caso de no decretar la nulidad de todo lo actuado.

Finalmente, pidió revocar el auto apelado y decretar las nulidades interpuestas en los tres incidentes.

5. Otras actuaciones

³⁰ C.G.P. “Artículo 133. Causales de nulidad. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 4. Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder”.

³¹ Folio 22, cuaderno principal segunda instancia.

³² *Ibídem*.

Mediante escrito de 23 de mayo de 2018, Metro Cali S.A. allegó al proceso la providencia de 20 de abril de 2018, mediante la cual el Consejo de Estado resolvió *“RECHAZAR DE PLANO el recurso extraordinario de revisión promovido por el señor apoderado de los integrantes del Consorcio Patios Sur contra la sentencia del 22 de febrero de 2017 proferida por la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que declaró infundados los recursos extraordinarios de anulación interpuestos en contra del laudo arbitral proferido el 22 de junio de 2016, dictado en el proceso que se adelantó por parte de dicho consorcio en contra de Metro Cali S.A.”.*

II.- CONSIDERACIONES

Para resolver la apelación del auto recurrido, se seguirá el siguiente orden de razonamiento: **1)** jurisdicción y competencia, **2)** pertinencia de la acción ejecutiva para la exigibilidad de las obligaciones impuestas en el laudo arbitral; **3)** oportunidad de la demanda, **4)** el caso concreto; **5)** compulsas de copias; **6)** conclusiones.

1. Jurisdicción y competencia

1.1. El despacho es competente para conocer del recurso de apelación impetrado en el caso sub júdice, con fundamento en el artículo 104 del C.P.A.C.A., a cuyo tenor:

“Artículo 104 C.P.A.C.A. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

“(…).

*“6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, **así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública;** e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.*

“(...).

“Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%” (la negrilla no es del texto).

Por otra parte, se tiene presente que Metro Cali S.A. es una sociedad anónima, descentralizada del orden municipal, que se constituyó con un 100% de capital público y *“le son aplicables las normas de las empresas industriales y comerciales del Estado”*³³.

De la misma forma, se reafirma la jurisdicción competente, teniendo en cuenta que el inciso final del artículo 306 del C.G.P. desató la duda que existió en el pasado³⁴, al disponer de manera clara:

“La Jurisdicción competente para conocer de la ejecución del laudo arbitral es la misma que conoce del recurso de anulación, de acuerdo con las normas generales de competencia y trámite de cada jurisdicción”.

1.2. Competencia por cuantía

De conformidad con el contenido del laudo arbitral del 22 de junio de 2016 se puede establecer que la reversión de los bienes operó como consecuencia de la terminación y liquidación de los contratos, por valores de \$5.935'840.884,50 y \$1.744'589.105, tal como fueron identificados en la respectiva decisión.

Por tanto, se afirma la competencia de esta Corporación, por razón de la cuantía, para conocer de la segunda instancia en el presente proceso, toda vez que el valor correspondiente a las obligaciones de entrega física y material que aquí se

³³ Folio 359, cuaderno 1 y folio 22, cuaderno 5 (referencia a los estatutos sociales de Metro Cali S.A., tomada de los documentos allegados con la demanda).

³⁴ En vigencia del decreto 1818 de 1998, antes de entrar a regir el G.G.P. y la ley 1563 de 20012, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado se orientó a considerar que la ejecución de todo laudo arbitral debía adelantarse en proceso ante la justicia ordinaria (expediente 35.287, Consejero Ponente Ricardo Hoyos).

ejecutan, de acuerdo con lo fijado por el laudo arbitral, corresponde a \$5.935'884,50 el cual supera la suma equivalente a 1.500 salarios mínimos establecida en los artículos 150 y 152 del C.P.A.C.A., para que el proceso ejecutivo tenga vocación de doble instancia ante el Consejo de Estado³⁵.

1.3. El auto recurrido en este proceso es susceptible de apelación

El auto No. 1386 es apelable, de acuerdo con los numerales 2, 5 y 6 del artículo 321 del C.G.P., norma que resulta aplicable en el presente caso, en tanto dicho estatuto rige por el trámite del proceso ejecutivo, de acuerdo con la remisión expresa del artículo 299 del C.P.A.C.A.³⁶.

El contenido del auto apelado se enmarca dentro de las siguientes decisiones que el referido Código establece como susceptibles de apelación:

“Artículo 321 C.G.P. Procedencia. Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad.

“También son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

“(…).

“2. El que niegue la intervención de sucesores procesales o de terceros.

“(…)

“5. El que rechace de plano un incidente y el que lo resuelva.

“6. El que niegue el trámite de una nulidad procesal y el que la resuelva”.

Teniendo en cuenta que a través del auto No. 1386 se negaron los incidentes de nulidad presentados en el proceso ejecutivo por un tercero y que la decisión correspondiente es precisamente la que se controvierte en el presente recurso, se

³⁵ En salarios mínimos del año 2016 ($\$644.350 \times 1.500 = \$966'525.000$), teniendo en cuenta el año en el que se presentó la ejecución del laudo arbitral.

³⁶ *“Artículo 299 C.P.A.C.A. De la ejecución en materia de contratos y de condenas a entidades públicas. Salvo lo establecido en este Código para el cobro coactivo a favor de las entidades públicas, en la ejecución de los títulos derivados de las actuaciones relacionadas con contratos celebrados por entidades públicas, se observarán las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil para el proceso ejecutivo de mayor cuantía”.*

reafirma que es susceptible de apelación y fue concedido en forma correcta por el Tribunal *a quo*.

Finalmente, se hace constar que la apelación en cuestión debe ser resuelta por el ponente, en aplicación del artículo 35 del C.G.P³⁷.

2. Pertinencia de la acción ejecutiva para la exigibilidad de las obligaciones impuestas en el laudo arbitral

Por otra parte, se advierte la competencia para conocer de la referida ejecución y la pertinencia de la acción ejecutiva, de conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012, contentiva del estatuto de arbitraje nacional e internacional, la cual dispone:

“Artículo 43. Efectos de la sentencia de anulación.

“(…).

“De la ejecución del laudo conocerá la justicia ordinaria o la contencioso administrativa, según el caso”.

En este punto se comparte el concepto del Ministerio Público, en cuanto a la procedencia del proceso ejecutivo respecto de las obligaciones de hacer que se impusieron en el laudo arbitral, toda vez que el legislador no distinguió ni restringió el tipo de condenas imponibles en el proceso arbitral y, por tanto, es viable su ejecución, de conformidad con el contenido del respectivo laudo arbitral.

Por ello, no es acertado restringir el ámbito del proceso ejecutivo del laudo arbitral a las obligaciones de pagar una suma de dinero.

Es importante observar que el Código General del Proceso advierte la viabilidad de la ejecución por obligación de hacer, en la siguiente disposición:

³⁷ *“Artículo 35 C.G.P. Atribuciones de las salas de decisión y del magistrado sustanciador. Corresponde a las salas de decisión dictar las sentencias y los autos que decidan la apelación contra el que rechace el incidente de liquidación de perjuicios de condena impuesta en abstracto o el que rechace la oposición a la diligencia de entrega o resuelva sobre ella. **El magistrado sustanciador dictará los demás autos que no correspondan a la sala de decisión.** // Los autos que resuelvan apelaciones, dictados por la sala o por el magistrado sustanciador, no admiten recurso”* (la negrilla no es del texto).

“Artículo 306 C.G.P. Ejecución. Cuando la sentencia condene al pago de una suma de dinero, a la entrega de cosas muebles que no hayan sido secuestradas en el mismo proceso, o al cumplimiento de una obligación de hacer, el acreedor, sin necesidad de formular demanda, deberá solicitar la ejecución con base en la sentencia, ante el juez del conocimiento, para que se adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente en que fue dictada. Formulada la solicitud el juez librará mandamiento ejecutivo de acuerdo con lo señalado en la parte resolutive de la sentencia y, de ser el caso, por las costas aprobadas, sin que sea necesario, para iniciar la ejecución, esperar a que se surta el trámite anterior.

“(…).

“Lo previsto en este artículo se aplicará para obtener, ante el mismo juez de conocimiento, el cumplimiento forzado de las sumas que hayan sido liquidadas en el proceso y las obligaciones reconocidas mediante conciliación o transacción aprobadas en el mismo.

“La jurisdicción competente para conocer de la ejecución del laudo arbitral es la misma que conoce del recurso de anulación, de acuerdo con las normas generales de competencia y trámite de cada jurisdicción”.

Así las cosas, teniendo en cuenta que las condenas que se ejecutan en el presente proceso se refieren a las obligaciones de hacer, esto es, a la entrega de bienes que fueron revertidos por virtud de la ley al término de los contratos de concesión, y dada la firmeza del laudo arbitral de 22 de junio de 2016, la misma se constituyó en una obligación exigible, que puede hacerse efectiva por la vía del proceso ejecutivo.

Se agrega que, con apoyo en el artículo 116 de la Constitución Política, la jurisdicción arbitral tiene competencia para resolver el litigio a través de las declaraciones y condenas que le sean solicitadas, con la misma fuerza de una sentencia judicial.

Finalmente, se precisa que el recurso contra el auto apelado se resuelve de plano de acuerdo con el artículo 326 del C.G.P.³⁸

3. Oportunidad en la presentación de la demanda ejecutiva

Se observa que la solicitud de ejecución del laudo arbitral, que funge como demanda ejecutiva en este caso, se presentó en forma oportuna, teniendo en cuenta lo siguiente:

El laudo arbitral fue proferido el 22 de junio de 2016, su aclaración se denegó mediante la decisión contenida en el acta de 12 de julio de 2016, notificada en la audiencia de esa fecha; por otra parte, la solicitud de ejecución se presentó el 10 de agosto de 2016³⁹, dentro de los cinco años siguientes a la fecha de la ejecutoria del referido laudo.

Así las cosas, se verifica el presupuesto procesal de la no ocurrencia de la caducidad, de acuerdo con el artículo 164 del C.P.A.C.A., el cual dispone

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

“(…).

*“k) Cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de **laudos arbitrales contractuales estatales**, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida” (la negrilla no es del texto).*

4. El caso concreto

4.1. Delimitación de la apelación

En el recurso de apelación el Consorcio Patios Sur solicitó revocar las decisiones del Tribunal *a quo* mediante las cuales se resolvieron los incidentes de nulidad en

³⁸ “Artículo 326. C.G.P. Trámite de la Apelación de Autos. (...) Si el juez de segunda instancia lo considera inadmisibile, así lo decidirá en auto; en caso contrario resolverá de plano y por escrito el recurso. (...)”.

³⁹ Folios 141 a 149, cuaderno 5.

forma desfavorable a las solicitudes del señor Mauricio Rojas Soto y del Consorcio Patios Sur, los que consideran que aquel ha debido ser llamado como parte en el proceso arbitral y que, además, podrá oponerse a la entrega, por cuanto el tribunal de arbitramento lo excluyó del proceso arbitral, pese a que tenía derechos sobre los bienes materia de la reversión, bien en calidad de propietario de los mismos, o bien por cuanto esos derechos habían sido trasladados a una tercera sociedad a través de un contrato de fideicomiso civil.

4.2. Requisitos para alegar la nulidad

Sobre la procedencia de las nulidades, observa el despacho que el señor Rojas Soto y la sociedad beneficiaria del fideicomiso civil que él mencionó en sus incidentes de nulidad no se encuentran en los supuestos de aplicación de los artículos 134 y 135 del C.G.P., por cuanto carecen de legitimación pasiva dentro del presente proceso, tal como se establece con fundamento en las reglas relativas a las nulidades procesales invocadas, a cuyo tenor:

“Artículo 134 C.G.P. Oportunidad y trámite. Las nulidades podrán alegarse en cualquiera de las instancias antes de que se dicte sentencia o con posterioridad a esta, si ocurrieren en ella.

“La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia, o mediante el recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades.

“Dichas causales podrán alegarse en el proceso ejecutivo, incluso con posterioridad a la orden de seguir adelante con la ejecución, mientras no haya terminado por el pago total a los acreedores o por cualquier otra causa legal.

“El juez resolverá la solicitud de nulidad previo traslado, decreto y práctica de las pruebas que fueren necesarias.

“La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, solo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio.

“Artículo 135 C.G.P. Requisitos para alegar la nulidad. La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se

fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

“No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla”.

De acuerdo con el artículo 135 del C.G.P., la nulidad por indebida notificación debe ser impetrada por la parte que tenía derecho a ser llamada al proceso y se entiende saneada por quien omitió alegarla en su oportunidad o por quien, después de ocurrida la causal, actuó sin proponerla.

Descendiendo al supuesto de la ejecución del laudo arbitral, se observa que adolece de legitimación en la causa el tercero que no hizo parte del proceso arbitral ni debió ser llamado al mismo y el que no figura como propietario de los bienes o cuota parte materia de la orden de entrega.

Se especifica lo anterior, toda vez que, de acuerdo con los documentos aportados al proceso⁴⁰, Mauricio Rojas Soto no se constituyó como parte dentro del procedimiento arbitral, pese a que tuvo conocimiento del mismo -al punto de que intervino como representante legal de alguna de las sociedades miembros del consorcio- y, también, se puntualiza que no detenta la titularidad de los bienes materia de la entrega, teniendo en cuenta que el laudo arbitral solo ordenó la entrega sobre los porcentajes de propiedad que correspondieron al Consorcio Patios Sur, es decir, la cuota parte (98,5819 de los derechos sobre el inmueble distinguido con la matrícula 370-879779) o la totalidad de los derechos (100% sobre el inmueble distinguido con la matrícula 370-878088) que se declararon revertidos a favor de Metro Cali S.A., por virtud de la ley, a la terminación y liquidación de los contratos de concesión⁴¹.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 22 de febrero de 2017, expediente 58068, mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación del laudo arbitral.

⁴¹ De acuerdo con el contenido de los numerales décimo segundo y décimo tercero de la parte resolutive del laudo arbitral, folios 106 y 107, cuaderno 5, la orden de entrega se refirió a el *“derecho de dominio por 98.5819 % que correspondió a la sociedad Grupo Empresarial Nirvana S.A, sobre el inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria 370-878779 y la totalidad del derecho (100%) del inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 370-878088 de la oficina de registro de Instrumentos Públicos del Circuito de Cali”.*

Por tanto, al no haber sido parte del contrato de concesión, no acreditar la propiedad de los bienes referidos en la orden de entrega ni exhibir un fundamento de la legitimación que invocó, el señor Rojas Soto es un tercero que carece de legitimación pasiva para hacerse parte en el proceso ejecutivo y para instaurar las nulidades por falta de notificación o emplazamiento.

Acercas de este último aspecto, se debe reiterar lo considerado en la providencia que resolvió el recurso de anulación del laudo arbitral⁴², en la cual se evidenció que el señor Mauricio Rojas Soto representó a una de las sociedades consorciadas, actuando en esa calidad en el proceso arbitral, pero decidió no hacerse parte en el mismo como persona natural y, se resalta que tanto el Tribunal de Arbitramento como el Consejo de Estado al resolver el recurso de anulación que se declaró infundado, advirtieron que ni el señor Rojas Soto ni la sociedad que designaron como beneficiaria de los derechos fideicomitidos se constituyeron en parte ni debieron ser llamados en calidad de litisconsortes necesarios en el referido proceso arbitral.

En lo que se relaciona con el proceso arbitral, puede agregarse que el señor Rojas Soto interpuso un incidente de nulidad que le fue estudiado y denegado por el Tribunal de Arbitramento.

4.3. Inoponibilidad de la transferencia por terminación del fideicomiso civil

Por otra parte, Mauricio Rojas Soto invoca ahora, como base de los incidentes de nulidad presentados en el proceso ejecutivo, que los bienes fueron transferidos a una tercera sociedad que tampoco hizo parte del proceso arbitral, supuestamente por cuanto se declaró fallida la condición prevista en el contrato de fideicomiso.

Acercas del anterior argumento, el despacho estima que no se puede fundar un incidente u oposición a la orden de entrega en el presente trámite de ejecución del laudo arbitral, toda vez que: **i)** la supuesta transferencia final del no aparece inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos fideicomiso en favor de las sociedades mencionadas por el incidentante, ni es oponible a la parte ejecutante, además de que, bueno es advertirlo, **ii)** el contrato de fiducia no puede

⁴² *Ibíd.*

ser utilizado como un mecanismo para desconocer la fuerza ejecutoria de las decisiones contenidas en el laudo arbitral⁴³.

4.4. En el mismo orden de ideas, tampoco se encuentra la pretermisión de una supuesta instancia, por cuanto las personas naturales o jurídicas que la alegan no invocan hechos propios y posteriores a los que se juzgaron en el proceso arbitral, como la declaratoria de la condición y la subsiguiente transferencia, que debían ser objeto de un proceso separado y además -se reitera-, no detentan derechos sobre los bienes y derechos materia de la ejecución.

No sobra precisar que MR Estructuradores de Negocios .S.A.S. – sociedad referida por el incidentante como supuesta beneficiaria final del fideicomiso - presentó una demanda de tutela contra el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Cali, porque estimó que le vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y a la propiedad, asunto que le fue resuelto en forma desfavorable, denegando el amparo correspondiente⁴⁴.

4.5. Metro Cali S.A. tiene la vocación de propietario y titular de los bienes afectados a las concesiones que fueron liquidadas, lo cual se funda en la reversión que el laudo arbitral reconoció por virtud de la ley y en que, como consecuencia, el tribunal de arbitramento ordenó inscribir el laudo ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y entregar real y materialmente los referidos bienes a Metro Cali S.A.

4.6. En conclusión, siendo el señor Rojas Soto un tercero en el presente proceso, carece de la legitimación pasiva para constituirse en parte dentro del mismo y para invocar la nulidad impetrada.

⁴³ El contenido de la transferencia final supuestamente ordenada en el contrato de fideicomiso civil no se conoce en este proceso, pero debe advertirse que el fideicomiso no constituye título lícito de transferencia a un tercero cuando se realiza en violación de las obligaciones de reversión derivadas de la ley a favor de la entidad estatal, las cuales, además, eran producto de los contratos de concesión, anteriores a la constitución del fideicomiso.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, Sentencia de 19 de abril de 2018, referencia: acción de tutela, radicado: 11001-03-15-000-2017-01484-01, demandante: MR Estructuradores de Negocios S.A.S. // falta de legitimación en la causa.

4.7. Se agrega que, si el señor Rojas Soto tenía algún derecho al pago de su cuota parte sobre uno de los inmuebles revertidos, debió hacerlo valer, bien ante el mismo Tribunal de Arbitramento o ante la jurisdicción contenciosa, si es que estaba en tiempo para impetrar la acción ordinaria, en orden a liquidar los derechos de una propiedad común que, al parecer, invoca.

En el mismo sentido se advierte que su eventual legitimación activa para esa causa es independiente del proceso ejecutivo y pudo hacerse valer frente al Consorcio Patios Sur para que le liquidara la parte proporcional que hubiere aportado o pagado con sus recursos, o en el escenario de la liquidación del fideicomiso civil, en el supuesto de que esos contratos le hubieren arrojado algún derecho o suma a pagar, lo cual corresponde a la estructuración interna de una contratación privada en la que no hizo parte Metro Cali S.A.

4.8. En relación con el incidente de nulidad propuesto por el Consorcio Patios Sur, se advierte que la supuesta deficiencia en la representación ante el tribunal de arbitramento fue saneada en el curso del proceso arbitral, mediante la actuación del nuevo apoderado, tal como se evidenció en el recurso de anulación del laudo arbitral⁴⁵.

En conclusión, resulta improcedente para el referido consorcio alegar nuevamente que fue engañado por un abogado sin tarjeta profesional, toda vez que la eventual causa de nulidad fue superada dentro del respectivo proceso arbitral con el concurso de su nuevo apoderado.

Como apoyo adicional de esta consideración debe recordarse que el proceso arbitral es de única instancia y que las decisiones del laudo arbitral tienen fuerza de cosa juzgada, por lo cual no es dable revisar o modificar dichas decisiones en sede del presente proceso ejecutivo.

Nuevamente se reitera que el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 establece la viabilidad de la ejecución del laudo arbitral, y debe aceptarse la continuidad del proceso ejecutivo, máxime cuando el recurso de anulación fue fallado declarando la improcedencia de las causales invocadas, por las mismas razones que ahora se esgrimen por la apelante para pedir la nulidad de lo actuado.

⁴⁵ Puntos 3.3.2 a 3.3.4., página 28 a 32, sentencia de 22 de febrero de 2017 (58068), mediante la cual se declaró infundado el recurso de anulación contra el laudo arbitral.

4.9. Análisis de las pruebas

Las anteriores consideraciones se fundan en el análisis de las pruebas obrantes en el expediente del proceso ejecutivo, allegadas por Metro Cali S.A. y por el señor Mauricio Rojas Soto:

i) El certificado de tradición expedido el 18 de abril de 2017 y la constancia de inscripción de 17 de abril de 2017, en la cual consta el registro del laudo arbitral en la matrícula inmobiliaria 370 - 878779 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, contentiva de la “*transferencia de dominio a título de reversión*”, de: Grupo Empresarial Nirvana S.A. a favor de Metro Cali S.A. en un 96,5819%⁴⁶ .

El anterior certificado coincide en su contenido con el aportado por Mauricio Rojas Soto, expedido el 9 de junio de 2017 por la citada oficina de registro, en el cual aparece registrado el laudo arbitral con la anotación de transferencia de dominio a título de reversión a favor de Metro Cali S.A.⁴⁷.

ii) El certificado de tradición del inmueble correspondiente a la matrícula inmobiliaria 370-878088, expedido el 13 de mayo de 2016 por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, en el cual figuraba como propietario Grupo Empresarial Nirvana S.A. (100%), una de las sociedades que hizo parte del Consorcio Patios Sur y del presente proceso, el cual fue condenado a la entrega del bien, por virtud de la reversión.

En relación con el mismo certificado, Metro Cali S.A. informó que no se había terminado el trámite de registro del laudo arbitral, por cuanto se encontraba surtiendo un recurso de apelación ante la Superintendencia de Industria y Comercio, de manera que, para esa fecha, aún no aparecía constancia de la inscripción del laudo arbitral de 22 de junio de 2016, mediante el cual se ordenó registrar la transferencia de propiedad a favor de Metro Cali S.A., por virtud de la reversión que ocurrió por ministerio de la ley, según lo indicado por el tribunal de arbitramento⁴⁸.

⁴⁶ Folios 399 a 401, cuaderno 1.

⁴⁷ Folio 10, cuaderno 2.

⁴⁸ *Ibíd.*

El señor Mauricio Rojas Soto aportó un certificado de la matrícula inmobiliaria 370 – 879088, impreso el 8 de julio de 2016, con idéntico contenido al allegado por la accionante, y por otra parte, presentó la Resolución No. 5132 del 18 de mayo de 2017, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio a través de la cual se revocó la Resolución 051 de 07 de febrero de 2017, que había dispuesto anotar la restitución de la propiedad a Mauricio Rojas Soto⁴⁹. Se anota que en dicha resolución también se ordenó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali corregir la anotación No. 2, la cual corresponde a la constitución del fideicomiso, aclarando allí la propiedad del bien en cabeza de Grupo Empresarial Nirvana S.A.S.

La falta de registro del laudo en uno de los folios de matrícula inmobiliaria no es óbice para resolver la procedencia del auto que ordenó llevar a cabo la entrega material, dado que el laudo arbitral se fundó en que la reversión operó por ministerio de la Ley y, por tanto, no fijó como precedente o condición para la entrega material el perfeccionamiento del acto de registro del laudo arbitral, actuación que debe seguir su propio trámite.

En conclusión, para los efectos del recurso que ahora se resuelve, de acuerdo con las pruebas allegadas, Grupo Empresarial Nirvana S.A.S., en su condición de parte del proceso arbitral, como uno de los miembros del Consorcio Patios Sur, fue condenada a la entrega y, además, era titular de los bienes que el laudo arbitral cobijó bajo la obligación de reversión; por ello, procede en su contra, dada su condición de parte y de propietaria anterior, la ejecución de la orden de entrega.

5. Compulsa de copias

El despacho advierte que la orden de compulsar copias no significa un calificativo acerca de la temeridad de los abogados cuya actuación ha sido cuestionada por las partes.

Precisamente lo que se persigue por el Tribunal a quo es que se investiguen las actuaciones de los profesionales del derecho por parte de las entidades competentes.

⁴⁹ Según se lee en el punto 5 de las consideraciones de la Resolución 5132, folio 17 vuelto cuaderno 2.

Así las cosas, no hay lugar a revocar la decisión referida a las copias.

6. Conclusiones

6.1. En conclusión, el señor Mauricio Rojas Soto no acreditó titularidad sobre los bienes materia de la entrega que se ordenó en el laudo arbitral que ahora se ejecuta, ni lo hizo en favor de la sociedad Jumanaisa S.A.S. hoy MR Estructuradores de Negocios S.A.S., razón por la cual, en este proceso, no le asiste legitimación pasiva ni derecho a impetrar el incidente de nulidad por indebida representación ni pretermisión de una instancia y, por ello, tampoco resulta procedente declarar la nulidad de lo actuado.

6.2. El Consorcio Patios Sur está vinculado al proceso y obligado a la entrega por virtud del laudo arbitral -junto con sus integrantes- y, por otra parte, en el presente proceso no es de recibo para esa parte alegar la supuesta falta de representación en el trámite arbitral, toda vez que fue superada, teniendo en cuenta que operó el saneamiento de la posible nulidad mediante su actuación posterior.

Por todo lo anterior, se confirmará el auto apelado, el cual constituye decisión suficiente para seguir adelante con el trámite del proceso ejecutivo orientado a la entrega ordenada en el laudo arbitral proferido el 22 de junio de 2016.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto No. 1386 de 18 de octubre de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el presente proceso ejecutivo que se adelanta a continuación del laudo arbitral de 22 de junio de 2016.

SEGUNDO: En firme esta decisión, por Secretaría **REMÍTASE** el expediente al Tribunal Administrativo de origen, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO